

LE DROIT DE LA CONCURRENCE : PRÉCAUTIONS UTILES LORS DE LA RÉDACTION D'UN CONTRAT DE DISTRIBUTION

JEAN-FRANÇOIS BELLIS* ET NICOLAS PETIT**

INTRODUCTION

Le présent article formule quelques conseils pratiques pour réduire le risque de violation du droit de la concurrence lors de la rédaction d'un contrat de distribution. Les droits européen et belge de la concurrence (ci-après, le droit de la concurrence) s'appliquent en effet aux contrats de distribution, qu'ils qualifient génériquement « d'accords verticaux ». Or, le droit de la concurrence est prescripteur de règles d'ordre public(1). Ces règles qui sont applicables d'office par le juge, sont invocables par tout co-contractant ou tiers, et ce à tout stade du procès(2). Leur violation, cause possible de nullité absolue d'un contrat (ou de ses clauses), peut engager la responsabilité civile de leur(s) auteur(s)(3). Au surplus, des autorités administratives sont compétentes pour prononcer des amendes et/ou des injonctions de faire ou de ne pas faire afin de remédier aux dommages occasionnés sur le marché.

Ces seuls risques justifient une certaine vigilance lors de la rédaction d'un contrat de distribution. Ceci dit, il faut dès l'exorde dissiper tout malentendu. Le droit de la concurrence est très permissif en matière d'accords de distribution (Section 1). Réserve faite de

* Avocat, Van Bael & Bellis, Professeur à l'U.L.B.

** Professeur à l'Université de Liège (U.Lg.).

(1) Voy. notamment, C.J.U.E., C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, préc., § 36, 39 et 40 ; confirmé par C.J.U.E., C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL*, 26 octobre 2006, *Rec.*, 2006, p. I-10421, §§ 31 et 37.

(2) Les aphorismes latins bien connus du droit civil comme *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* n'y font pas obstacle.

(3) Voy. C.J.U.E., C-453/99, *Courage Ltd. contre Bernard Crehan et Bernard Crehan contre Courage Ltd. et autres*, *Rec.*, 2001 p. I-6297.

quelques restrictions précisément circonscrites dans la réglementation applicable, toutes les formes contractuelles, ou presque, sont autorisées. C'est pourquoi le droit de la concurrence n'impose en rien la maîtrise d'une technique rédactionnelle propre aux contrats de distribution. Au contraire, en droit positif, la rédaction d'un contrat de distribution imperméable au droit de la concurrence n'appelle au mieux que quelques réflexes consistant à identifier des « restrictions caractérisées » et, le cas échéant à les supprimer sauf si le contexte contractuel imposait de les maintenir (section 2). Le régime de la distribution par Internet, plus restrictif, soulève cependant quelques incertitudes (section 3).

SECTION 1. UN RÉGIME JURIDIQUE PERMISSIF

Ces cinquante dernières années, le droit matériel de la concurrence en matière de distribution n'a cessé de s'assouplir. Les propos qui suivent brossent à grands traits les principales étapes de cet assouplissement.

De longue date, le contrat de distribution – génériquement qualifié d'accord vertical puisqu'il scelle la coopération d'entreprises non-concurrentes actives à des stades distincts de la chaîne de valeur – intéresse le droit de la concurrence. Comme l'avait entrevu la CJUE dès son arrêt *Consten et Grundig* de 1966, un accord entre entreprises non-concurrentes ne peut pas distordre la concurrence (qui n'existe pas entre elles) mais peut néanmoins restreindre la concurrence entre l'une des parties et un agent économique tiers (on parle de concurrence « externe ») et le cas échéant être interdit en vertu de l'article 101, paragraphe 1 (4). Que l'on songe, un court instant, à la clause de non-concurrence qu'un fournisseur impose à l'un de ses distributeurs, afin de lui interdire de commercialiser les produits d'un fournisseur concurrent.

Cette constatation, par le juge, d'un risque d'entrave à la concurrence externe dans les contrats de distribution, a donné naissance à un important corpus réglementaire qui va régir pendant une longue

(4) Voy. C.J.U.E., C-56 et 58/64, *Établissements Consten S.A.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission*, 13 juillet 1966, *Rec.*, 1966, p. 429 : « Que la concurrence peut être faussée au sens de l'article [101], paragraphe 1, non seulement par des accords qui la limitent entre les parties, mais également par des accords qui empêchent ou restreignent la concurrence qui pourrait s'exercer entre l'une d'elles et les tiers ».

période les relations verticales entre opérateurs économiques. Lors des premières décennies de mise en œuvre du droit de la concurrence, la Commission européenne (ci-après, la Commission) va adopter des textes spécifiques dans le domaine de la distribution exclusive, de la franchise et de l'achat exclusif⁽⁵⁾. Ces textes, qui s'intéressent sinon exclusivement, du moins principalement à la protection de la concurrence intramarque (entre distributeurs d'un même bien/service), prescrivent avec force détails les clauses autorisées (clauses blanches), interdites (clauses noires) et autorisables sous conditions (clauses grises).

À la fin des années 1990, la Commission européenne a procédé à une refonte radicale – ou « modernisation » – du droit européen de la concurrence. Elle a renoncé au monopole sur l'octroi des exemptions que le premier règlement d'exécution des dispositions antitrust du traité de Rome, le règlement 17/62, lui avait octroyé. Elle a également abandonné la pratique qu'elle avait développée depuis les années 60 selon laquelle toute clause limitant la liberté d'action d'une partie, par exemple, une clause d'exclusivité, était automatiquement considérée comme une restriction de concurrence, et était donc nulle de plein droit sauf si elle faisait l'objet d'une exemption. C'est ainsi qu'a pris fin cet étrange particularisme européen qui voyait la Commission, au nom du respect du droit de la concurrence, édicter quelles clauses, classées comme blanches, grises ou noires, les parties pouvaient valablement inclure dans un contrat de distribution. Il s'en est suivi un recentrage des textes, interdisant uniquement les quelques grandes catégories problématiques de restrictions verticales et laissant place à un régime de liberté pour le reste.

C'est plus précisément en 1999 que le régime des accords verticaux va subir un premier assouplissement avec l'adoption du Règlement 2790/1999, lui-même accompagné de lignes directrices sur les restrictions verticales⁽⁶⁾. Ce nouveau texte reflète l'idée développée

(5) Voy., pour un aperçu de ces textes, F. WJCKMANS, F. TUYTSCHAEVER and A. VANDERELST, *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, § 1.49 notamment.

(6) Voy. Règl. n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *J.O.*, L 336 du 29 décembre 1999, pp. 21-25 ; Communication de la Commission – Lignes directrices sur les restrictions verticales, *J.O.*, C 291 du 13 octobre 2000, pp. 1-44 (ci-après « Lignes directrices 2000 »).

par la doctrine économique (7), que les restrictions verticales sont problématiques lorsque les entreprises impliquées disposent d'un pouvoir de marché important. Certes, le Règlement 2790/1999 retient la liste de clause noires – on parle désormais de « restrictions caractérisées » – des précédents textes. Et la présence de l'une de ces restrictions caractérisées suffit à exclure l'accord du bénéfice de l'exemption par catégorie octroyée par le règlement quelle que soit la part de marché des entreprises engagées (8). Toutefois, en dehors de ces cas limites, prévaut désormais un régime unique pour l'ensemble des accords verticaux (9). Ce régime autorise la plus grande liberté contractuelle en matière d'accords de distribution : en deçà d'un seuil de 30 % de parts de marché (du fournisseur en général) et sous réserve du respect de quelques conditions, l'accord bénéficie d'une exemption par catégorie en vertu de l'article 101(3) T.F.U.E. ; au-delà de ce seuil, seule une démonstration économique approfondie, dite « appréciation individuelle », (10) permet d'établir un constat d'infraction à l'article 101 T.F.U.E. Et encore les clauses considérées comme contraires à cette disposition peuvent bénéficier d'une exemption « individuelle », après une nouvelle appréciation des conditions de l'article 101(3) T.F.U.E.

Le Règlement 2790/1999 devant expirer en mai 2010, une consultation publique s'ouvre en 2009 sur la révision des règles de concurrence applicables au secteur de la distribution. Il en ressort que les règles de droit positif fonctionnent de manière globalement satisfaisante et que celui-ci ne nécessite aucune modification fondamentale.

(7) Comme le préconisent les économistes de Chicago, les autorités de concurrence devraient uniquement s'intéresser aux cas réellement problématiques, c'est-à-dire ceux dans lesquels la concurrence intermarques (entre biens ou services concurrents) est réellement limitée, de sorte que toute restriction supplémentaire de concurrence intramarques apparaît problématique.

(8) Voy. not. le § 46 des Lignes directrices, 2000, déclarant : « le règlement d'exemption par catégorie énumère, à l'article 4, une liste des restrictions caractérisées qui entraînent l'exclusion de l'intégralité de l'accord vertical du champ d'application dudit règlement. Cette liste de restrictions caractérisées s'applique aux accords verticaux concernant les échanges intracommunautaires. [...] L'exemption individuelle d'accords verticaux qui contiendraient de telles restrictions caractérisées est également improbable ». L'interdiction joue même si, par exemple, les parts de marché sont en deçà des seuils retenus dans la Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas de manière appréciable le jeu de la concurrence au sens de l'art. 101 paragraphe 1 du T.F.U.E. (*de minimis*), J.O., 2001, C368/13. La Communication *de minimis* définit, au moyen de seuils de parts de marché, ce qui ne constitue pas une restriction sensible de concurrence au sens de l'art. 101 T.F.U.E.

(9) En conséquence, un même accord de distribution pour des biens ou services distincts peut être, selon les cas, compatible ou incompatible avec le droit européen.

(10) Voy. Lignes directrices, 2000, préc., § 96.

En revanche, la Commission relève que deux tendances majeures ont marqué la décennie passée, à savoir l'augmentation constante de la puissance d'achat de la grande distribution et les ventes sur Internet. À l'issue du processus de consultation, la Commission adopte le 20 avril 2010 une nouvelle mouture du Règlement d'exemption, le Règlement 330/2010 relatif aux catégories d'accords verticaux (ci-après, le Règlement)⁽¹¹⁾, et un nouveau jeu de Lignes directrices (ci-après, les Lignes directrices)⁽¹²⁾. Ces textes cherchent à répondre aux deux grandes tendances évoquées ci-dessus.

De manière générale, le nouveau Règlement et les lignes directrices poursuivent la ligne politique permissive des textes qu'ils remplacent. Ainsi, si certains aspects du nouveau Règlement apparaissent plus stricts que l'ancien, en ce qu'ils introduisent par exemple un seuil de part de marché pour l'acheteur (système dit du double seuil), en revanche la liste des restrictions caractérisées reste largement inchangée. Qui plus est, et cela est important, les nouvelles lignes directrices semblent sur certains points ouvrir la porte à une approche encore plus libérale des restrictions verticales et précisent que les restrictions caractérisées ne doivent pas être perçues comme des interdictions *per se* au sens du droit américain, contrairement à ce qui était le cas sous l'empire de l'ancien texte⁽¹³⁾. Cela signifie qu'un accord qui contiendrait des restrictions caractérisées ne doit pas être automatiquement considéré comme contraire au droit de la concurrence, mais simplement qu'il appartient alors aux parties de faire la démonstration – certes relativement lourde – que ces restrictions n'affectent pas indûment la concurrence ou sont indispensables pour réaliser des gains d'efficience qui compensent la restriction de concurrence.

(11) Voy. Règl. n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'art. 101, § 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *J.O.*, L 102 du 23 avril 2010, pp. 1-7.

(12) Voy. Communication de la Commission Européenne – Lignes directrices sur les restrictions verticales (ci-après les « Lignes directrices »), *J.O.*, C 130 du 19 mai 2010, p. 1.

(13) Il faut à cet égard comparer la lettre du § 47 des Lignes directrices, avec le texte, plus sévère du § 46 des lignes directrices 2000. Le nouveau texte ajoute en effet : « Toutefois, les entreprises ont la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu de l'article 101, paragraphe 3, dans un cas donné. Si les entreprises établissent que des gains d'efficience probables résultent de l'introduction d'une restriction caractérisée dans l'accord et démontrent que, globalement, toutes les conditions de l'article 101, paragraphe 3, sont remplies, la Commission devra apprécier effectivement l'incidence négative probable sur la concurrence avant de statuer définitivement sur la question de savoir si les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies ».

En parallèle, l'assouplissement observé en droit matériel se constate aussi au plan décisionnel. Depuis l'entrée en vigueur du Règlement 1/2003, la Commission n'a pas adopté la moindre décision au sujet d'un accord vertical⁽¹⁴⁾. Cette situation, qui renforce l'importance pratique des Règlements et lignes directrices, trouve une double explication. Premièrement, dans le système du Règlement 1/2003, les accords verticaux ne doivent plus être notifiés au préalable à la Commission afin d'obtenir une exemption sur la base de l'article 101(3) TFUE.⁽¹⁵⁾ Deuxièmement, cette révolution procédurale a coïncidé avec un changement radical de priorités de la Commission qui tend désormais à se concentrer sur la lutte anticartels. L'application des règles de concurrence en matière de restrictions verticales est donc intégralement laissée aux autorités de concurrence et aux juridictions nationales.

Le Règlement 330/2010 et ses lignes directrices constituent aujourd'hui, avec la Communication *de minimis* (en cours de révision, suite à l'arrêt *Expedia* de la Cour de justice),⁽¹⁶⁾ les textes principaux qui régissent l'application de l'article 101 TFUE aux accords verticaux. Au fond, ces textes partent du principe que les accords verticaux n'ont d'effets anticoncurrentiels significatifs que lorsqu'ils sont l'œuvre d'entreprises jouissant d'un certain pouvoir de marché ou qu'ils contiennent des restrictions caractérisées, en particulier des clauses de fixation de prix ou des restrictions territoriales ou de clientèle.

C'est essentiellement la structure du marché concerné par l'accord vertical qui détermine si cet accord concerne une entreprise qui détient un pouvoir de marché significatif. À cet égard, le Règlement 333/2010, comme ses prédécesseurs, prévoit une exemption par catégorie créant une zone de sécurité pour la grande majorité des accords verticaux en rendant l'article 101(1) TFUE inapplicable (et l'article 101(3) TFUE automatiquement applicable) aux accords verticaux

(14) Voy. Régl. n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux art. 81 et 82 du Traité, *J.O.*, L 1 du 4 janvier 2003, p.1.

(15) Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} mai 2004 du règlement 1/2003, les entreprises sont désormais censées auto-évaluer leurs pratiques commerciales au regard des règles de concurrence.

(16) Voy. C.J.U.E., C-226/11, *Expedia Inc. contre Autorité de la concurrence e.a.*, 13 décembre 2012, non encore publié.

dans lesquels ni l'acheteur ni le vendeur ne dépassent un seuil de part de marché de 30%.(17)

Les Lignes directrices quant à elles décrivent l'approche à adopter dans le cas des accords verticaux qui ne peuvent bénéficier du règlement d'exemption par catégorie. Elles sont destinées à aider les entreprises à évaluer elles-mêmes leurs accords de distribution au regard des règles de concurrence. Elles énoncent entre autres les facteurs à prendre en considération pour l'évaluation des restrictions verticales au regard de l'article 101(1) T.F.U.E., à savoir : la nature de l'accord, la position des parties et des concurrents sur le marché, les barrières à l'entrée, la maturité du marché, la nature du produit, etc.

SECTION 2. PRÉCAUTIONS CONTRACTUELLES EN MATIÈRE DE CONTRATS DE DISTRIBUTION

Au vu du cadre assez permissif qui prévaut en droit positif, l'essentiel lors de la rédaction d'un contrat de distribution consiste à vérifier que l'accord ne contient aucune des cinq restrictions caractérisées limitativement énoncées à l'article 4 du Règlement 330/2010 et interprétées dans les Lignes directrices (§ 1). Toutefois, dans certains cas tangents, les parties doivent faire preuve d'un surcroît de vigilance (§ 2).

§ 1. *Le filtrage des restrictions caractérisées de l'article 4 du Règlement*

a. Les prix de revente imposé (art. 4 a)

Premier écueil à éviter dans la rédaction d'un contrat de distribution, les clauses ayant pour objet « de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente » (18). Il s'agit des clauses imposant à l'acheteur d'appliquer un prix (ou un niveau de prix) de

(17) Par ailleurs, d'autres textes de la Commission indiquent que des parts de marché inférieures à 40 % permettent d'exclure tout risque de fort pouvoir de marché. Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'art. 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *J.O.C.E.*, *J.O.*, C 045 du 24/02/2009, pp. 7-20, § 14.

(18) L'objet étant entendu comme la capacité objective de l'accord et non l'intention des parties. Voy. art. 4 a) du Règl., préc., et Lignes directrices, préc., § 48.

vente fixe ou minimal(19). Ces clauses, fréquentes dans la pratique, sont polymorphes : il peut s'agir de mécanismes directs ou indirects de fixation des prix(20), qu'il s'agisse de clauses fixant la marge du distributeur(21), ou de contrats subordonnant l'octroi d'une prime, de ristournes ou de remboursements de frais promotionnels au respect d'un niveau de prix conseillé, etc.(22).

Il convient de noter ici qu'un prix (ou niveau de prix) de vente maximal(23) ou conseillé(24) ne constitue pas une restriction caractérisée au sens de l'art. 4 a),(25) sous réserve de ne pas dissimuler un mécanisme indirect de fixation du prix de revente (via par exemple des mesures d'incitation ou de punition, assurant *de facto* une coercition).

L'interdiction des prix de revente imposés souffre néanmoins quelques tempéraments. Les Lignes directrices viennent assouplir la présomption d'incompatibilité prévue à l'article 4 a) en affirmant que « les entreprises ont la possibilité de se défendre en faisant valoir des gains d'efficience au sens de l'article 101, paragraphe 3, dans un cas donné »(26). Il est donc possible, au moins en théorie, d'envisager la fixation du prix de revente dans un contrat de distribution.

(19) Voy. C.J.U.E., C-243/83, *SA Binon & Cie contre SA Agence et messageries de la presse*, 3 juillet 1985, *Rec.*, 1985, p. 2015 ; C.J.U.E., C-107/82, *AEG/Telefunken contre Commission*, 25 octobre 1983, *Rec.*, 1983, p. 3151.

(20) Voy., pour une illustration, relative à une clause prévoyant la possibilité pour une entreprise de s'occuper des termes d'annonces publicitaires des revendeurs concernant les prix de vente et d'interdire de telles annonces, C.J.U.E., C-86/82, *Hasselblad contre Commission*, 21 février 1984, *Rec.* 1984, p. 883.

(21) Voy. not. la décision de la Commission du 16 juillet 2003, COMP/37.975 – *Yamaha*, §§ 81-2 et 144, non publiée au *J.O.*

(22) Ou encore de menaces, intimidations, sanctions, retards ou suspensions de livraison dissuadant l'acheteur de s'écarter d'un prix conseillé. Le dispositif d'interdiction s'étend, dans une certaine mesure, aux mécanismes qui permettent d'assurer la surveillance et la détection des distributeurs qui ne respectent pas le prix défini. L'existence de tels mécanismes permet en effet de soupçonner l'existence d'une pratique concertée verticale de fixation de prix. Il peut s'agir, par exemple, d'une obligation imposée à un distributeur de dénoncer ceux des autres distributeurs qui s'éloigneraient du prix standard.

(23) La Commission estime que l'obligation d'appliquer un prix de revente maximal, à savoir, en l'espèce un coefficient multiplicateur du prix de vente pratiqué en France par Nathan sur les mêmes produits n'est pas restrictive de concurrence en tant que telle. Voy. décision de la Commission du 5 juillet 2000, COMP/F1/ 36.516 – *Nathan-Bricolux*, *J.O.*, L 54 du 23 février 2001, pp. 1-18, § 87.

(24) Le T.F.U.E. a établi une différence entre la simple recommandation de prix et l'encadrement strict des prix de revente au détail. Voy. T.U.E., T-67/01, *JCB services contre Commission*, 13 janvier 2004, *Rec.*, 2004, p. II-49. Voy. C.J.U.E., C-191/84, *Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, 28 janvier 1986, *Rec.*, 1986, p. 353, § 25.

(25) Voy. Lignes directrices, préc., § 48.

(26) Voy. Lignes directrices, préc., § 223.

Sans prétendre à l'exhaustivité, le texte des lignes directrices indique trois cas de figure dans lesquels un prix de revente imposé peut engendrer des gains d'efficacité et justifier une exemption au sens de l'article 101(3) T.F.U.E. :

Premièrement, « lorsqu'un fabricant lance un nouveau produit, les prix de vente imposés peuvent notamment être utiles, pendant la période d'introduction au cours de laquelle la demande croît », pour inciter les distributeurs à augmenter leurs efforts de vente (redoubler leurs efforts promotionnels, par exemple) et à développer la demande globale pour le produit, notamment en réduisant les risques de comportement de parasitisme entre concurrents (27).

Deuxièmement, les prix de revente imposés peuvent « être nécessaires pour organiser, dans le cadre d'un système de franchise ou d'un système de distribution similaire appliquant un format de distribution uniforme, une campagne de prix bas coordonnée de courte durée (2 à 6 semaines le plus souvent) qui profitera également aux consommateurs » (28).

Enfin, les lignes directrices adoptent l'idée selon laquelle « parfois, la marge supplémentaire offerte par les prix de vente imposés peut permettre aux détaillants de fournir des services de prévente (additionnels), notamment dans le cas de produits d'expérience ou complexes » et contribuer à prévenir le parasitisme pratiqué par certains détaillants qui ne fournissent pas ces services et n'en supportent donc pas les coûts (29).

Tolérance n'est toutefois pas quittance. Toute prête à admettre que les prix de revente imposés puissent être source de gains d'efficacité, les Lignes directrices exigent néanmoins des parties qu'elles soient en mesure d'en apporter la preuve. Les parties devront par exemple démontrer que les prix de vente imposés pourront permettre d'éviter un éventuel parasitisme entre les détaillants sur ces services et que les services de prévente profiteront généralement aux consommateurs.

Il est dès lors de bonne pratique, au stade de la rédaction d'un contrat de distribution, de réunir une documentation suffisante

(27) *Idem*, § 225.

(28) *Ibid.*

(29) *Ibid.*

afin de pouvoir se justifier en cas de poursuites administratives ou judiciaires ultérieures. Tout comme il est recommandé de motiver, d'étayer, d'expliciter, la *ratio* la clause contractuelle, quitte à renvoyer à l'un des trois cas de figure identifié par la Commission.

b. Restrictions des territoires ou des clientèles (art. 4 b)

Deuxième écueil contractuel à éviter : restreindre la liberté d'un acheteur de vendre ses biens ou services sur certains territoires ou à certaines clientèles(30). Hostiles à tout « partage de marché en territoires ou en clientèles », (31) les lignes directrices réputent illégales les obligations *directes* de ne pas vendre à certaines clientèles. Il peut s'agir de réserver à un distributeur la clientèle particulière et lui interdire de s'adresser à la clientèle professionnelle. Ou encore de lui interdire de vendre sur certains territoires, que ce soit sur le territoire d'autres États membres ou sur des zones territoriales de moindre dimension. Enfin, il est illégal d'exiger d'un distributeur qu'il renvoie à d'autres membres du réseau les demandes de clients localisés hors de son territoire(32).

Sont aussi illégales les mesures *indirectes* prises par les fournisseurs et visant à dissuader un acheteur de revendre sur certains territoires ou à certains clients : refus de livraisons, refus ou réduction des primes ou des remises, menaces de rupture de l'accord, etc.(33)

Toutes les restrictions de clientèle ou de territoire ne sont cependant pas interdites, loin de là : le Règlement apporte, en effet, quatre exceptions à la deuxième restriction caractérisée (34). Un fournisseur est d'abord libre d'interdire à ses acheteurs de réaliser des « ventes actives » vers un territoire (où une clientèle) concédé(e) exclusivement à un autre acheteur(35). Par « vente active », on entend le fait de prospecter des clients situés à l'intérieur du territoire exclusif (ou parmi la clientèle exclusive) d'un autre acheteur. En revanche, les restrictions aux « ventes passives » – c'est-à-dire les ventes en réponse à

(30) Voy. art. 4(b) du Règl. 330/2010, préc., et Lignes directrices, préc., § 50.

(31) Les Lignes directrices parlent de « partage de marché en territoires ou en clientèles » (§ 50).

(32) Voy. Lignes directrices, préc., § 50. La *ratio* de l'incompatibilité est que les acheteurs doivent pouvoir vendre là où ils le souhaitent.

(33) *Idem.*, pour d'autres exemples.

(34) Voy. art. 4(b) du Règl. 330/2010, préc. et Lignes directrices, préc., § 51. Ces exceptions ne signifient pas que les restrictions sont valables, mais qu'elles peuvent, si les conditions en sont remplies, bénéficier d'une exemption par catégorie.

(35) Ou que le fournisseur s'est réservé.

des demandes non sollicitées de clients situés sur le territoire exclusif (ou parmi la clientèle exclusive) d'un autre acheteur – demeurent couvertes par l'interdiction (36).

Les trois autres exceptions n'appellent pas de commentaires particuliers. La restriction des ventes passives et actives est permise lorsqu'il s'agit (i) d'interdire à un acheteur opérant en qualité de grossiste de s'adresser aux utilisateurs finals ;(37) (ii) d'interdire à un distributeur sélectif de vendre à des distributeurs non-agrérés établis dans un territoire où existe un distributeur sélectif ; et (iii) de restreindre la capacité d'un acheteur de composants (par exemple, un fournisseur de pièces détachées) destinés à être incorporés dans un produit, de revendre ces composants à des concurrents du fournisseur.(38)

Il faut à ce stade souligner la flexibilité qu'introduit le Règlement 330/2010 en permettant au fournisseur d'interdire à un membre de son réseau de distribution d'opérer à partir d'un lieu non autorisé, ce qui peut restreindre sa capacité à livrer certains territoires ou certaines clientèles (39). Cette exemption est valable quel que soit le réseau de distribution. Par conséquent, même si un fournisseur met en place un réseau de distribution qui n'est ni sélectif ni exclusif dans un territoire donné, le fournisseur peut désormais, par exemple, imposer une clause d'implantation à chacun de ses distributeurs. Dans ce cas, le fournisseur pourra interdire à ses distributeurs d'ouvrir un second magasin et de transférer leur dépôt à un autre emplacement.

Enfin, comme pour les prix de revente imposés, le maintien dans le contrat de distribution d'une clause restreignant les territoires et les clientèles du distributeur n'est pas injustifiable. Les parties peuvent démontrer « dans des cas exceptionnels », qu'elles sont « objectivement nécessaires à l'existence d'un accord d'une nature ou d'un type particulier » (40). Ainsi, le distributeur qui sera le premier à vendre une nouvelle marque ou à vendre une marque existante sur un nouveau marché peut bénéficier d'une protection territoriale absolue

(36) Voy. Lignes directrices, préc., § 51. Voy. décision de la Commission, COMP/35.587, COMP/35.706 et COMP/36.321 – *Video Games, Nintendo Distribution*, préc., § 331.

(37) *Idem*, § 55. Dans ce cas de figure, on présume que le grossiste ne détient ni les compétences (service, etc.) ni les ressources pour procéder à des approvisionnements du consommateur final au détail.

(38) *Ibid.*

(39) *Ibid.*, § 185.

(40) *Ibid.*, §§ 60 et s.

pendant deux ans. Cette protection, qui restreint les territoires ou clientèles d'autres distributeurs, est en effet envisageable lorsque le distributeur doit réaliser des investissements importants pour créer et/ou développer un nouveau marché. Les restrictions imposées aux ventes à la fois actives et passives d'autres distributeurs sur le territoire concerné ou la clientèle visée, pendant les deux premières années sont considérées comme ne relevant généralement pas de l'article 101(1) du T.F.U.E.(41)

De la même manière, lorsqu'il s'agit de tester un nouveau produit sur un territoire ou auprès d'une clientèle limitée ou en cas d'introduction d'un nouveau produit, le fournisseur peut obliger les distributeurs désignés pour vendre le produit sur le marché testé, ou participer aux premières étapes de l'introduction d'un produit, à limiter leurs ventes actives en dehors du marché testé ou du marché où le produit est introduit, sans que cette restriction ne relève de l'article 101(1) T.F.U.E., le temps nécessaire à l'essai ou à l'introduction du produit (42).

c. Restriction des ventes passives et actives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective (art. 4 c)

La troisième restriction caractérisée concerne le cas spécifique de la distribution sélective. Dans un tel système, le fournisseur procède à une sélection de ses distributeurs. Le fournisseur crée un réseau auquel il n'est pas possible d'appartenir sans satisfaire un certain nombre de conditions(43). Ce type de distribution est fréquent dans l'industrie du luxe (horlogerie, parfumerie, etc.). En la matière, le Règlement prévoit qu'il est interdit pour le fournisseur de restreindre les territoires sur lesquels (ou les clientèles auxquelles) les distributeurs peuvent vendre aux utilisateurs finals(44). Le cumul d'une distribution sélective et de restrictions de ventes passives et même actives est donc proscrit.

Il est en revanche erroné de considérer – comme semble l'affirmer le paragraphe 57 des lignes directrices – que le cumul d'une

(41) *Ibid.*, § 61.

(42) *Ibid.*

(43) *Ibid.*, § 174. Des conditions tenant au personnel, aux locaux, etc. Le fournisseur peut aussi imposer une redevance d'entrée (par exemple, dans les systèmes de franchise).

(44) Voy. art. 4(c) du Règlement, préc. et Lignes directrices, préc., § 57.

distribution sélective et exclusive est interdit. Ce qui est incompatible, c'est de limiter la capacité d'un distributeur sélectif de procéder à des ventes passives ou actives auprès d'utilisateurs finals établis sur le territoire (ou appartenant à la clientèle) d'autres distributeurs sélectifs. Le fournisseur est par contre libre de n'approvisionner qu'un seul distributeur sélectif sur un territoire donné. C'est d'ailleurs le texte des lignes directrices qui le rappelle : « En outre, le fournisseur peut s'engager à n'approvisionner qu'un seul distributeur, ou un petit nombre de distributeurs, sur une partie donnée du territoire sur lequel le système de distribution sélective est appliqué » (45). Enfin, dans le même ordre d'idées, le fournisseur peut imposer au distributeur une clause d'implantation, en lui imposant de vendre à partir d'un endroit déterminé (46).

d. Restriction des livraisons croisées entre distributeurs au sein d'un réseau de distribution sélective (art. 4 d)

La quatrième clause à éviter concerne encore les contrats de distribution sélective (47). Les distributeurs sélectifs doivent rester libres de s'approvisionner en biens contractuels auprès des autres membres du réseau. En conséquence, la distribution sélective ne peut pas être combinée avec d'autres restrictions verticales comme une obligation d'achat exclusif au profit du fournisseur. Dans l'achat exclusif, l'acheteur s'approvisionne exclusivement auprès d'un fournisseur (par exemple, un grossiste régional) pour ses besoins d'un produit déterminé, et renonce à la possibilité de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs du même produit (par exemple, d'autres grossistes établis dans d'autres régions) ou auprès d'autres distributeurs (48).

(45) Lignes directrices, préc., § 57.

(46) Voy. Lignes directrices préc., § 57 : « Il peut être interdit à des distributeurs sélectionnés d'exercer leur activité à partir de locaux différents ou d'ouvrir un nouveau magasin dans un autre lieu ».

(47) Voy. art. 4(d) du Règl., préc. et Lignes directrices, préc., § 58.

(48) En matière d'achat exclusif, on utilise parfois aussi le synonyme « approvisionnement exclusif ». Cette dernière notion est définie par les Lignes directrices, préc., § 162 : « L'approvisionnement exclusif, qui oblige les distributeurs exclusifs à se procurer les produits de la marque en question directement auprès du fabricant, élimine en outre la possibilité d'un arbitrage par les distributeurs exclusifs, car il leur est interdit d'acheter à d'autres distributeurs membres du système ». Les Lignes directrices en décrivent les effets négatifs au § 167 : « sur les marchés sur lesquels les prix sont élevés, l'affaiblissement de la concurrence intramarque est dû non seulement à l'exclusivité territoriale au niveau du commerce de détail, mais il est aggravé par l'obligation d'approvisionnement exclusif imposée aux détaillants. Cette obligation contribue à maintenir les marchés et les territoires séparés,

De nouveau, toutefois, les lignes directrices définissent une exception, qui permet d'envisager le maintien d'une clause restreignant les livraisons croisées dans les contrats de distribution sélective. Ainsi, dans la situation particulière où des grossistes situés dans différents territoires doivent investir dans des activités de promotion sur « leur » territoire pour soutenir les ventes des détaillants désignés et s'il n'est pas possible en pratique de préciser les activités de promotion nécessaires dans un contrat, les restrictions imposées aux grossistes en ce qui concerne la vente active aux distributeurs sélectifs désignés situés sur le territoire d'autres grossistes pour prévenir un éventuel parasitisme peuvent, dans certains cas, remplir les conditions énoncées à l'article 101(3) T.F.U.E.

e. Restriction de la capacité d'un fabricant de composants de vendre aux utilisateurs finals, réparateurs et prestataires de service indépendants (art. 4 e)

La dernière restriction caractérisée de l'article 4 du Règlement s'applique aux contrats entre d'une part, un fournisseur de composants et, d'autre part, un acheteur incorporant ces composants dans ses propres produits (un équipementier).⁽⁴⁹⁾ L'objectif du droit positif est de permettre aux utilisateurs finals, aux réparateurs indépendants et aux prestataires de services de s'adresser directement au fabricant de composants pour obtenir les pièces dont ils ont besoin (spécialement, pour la réparation), sans passer nécessairement par l'équipementier. En effet, il n'est pas rare que l'acheteur équipementier cherche à être le seul opérateur capable de prester des services de réparation et d'entretien⁽⁵⁰⁾.

Le droit positif, soucieux de stimuler la concurrence sur ce que les anglo-saxons qualifient *d'after-markets*, répute donc incompatible les accords empêchant ou restreignant la vente de composants, par le fabricant, à des utilisateurs finals, des réparateurs, ou des prestataires de services indépendants. L'incompatibilité s'étend aux restrictions indirectes, comme par exemple l'interdiction intimée au fabricant de fournir certaines informations techniques aux utilisateurs finals.

en rendant tout arbitrage impossible entre les détaillants exclusifs, qui sont les principaux revendeurs de ce type de produit ».

(49) *Idem*, § 59.

(50) Il peut aussi chercher à empêcher, purement et simplement, la réparation ou l'entretien de son produit.

Ici encore, le droit positif fait preuve de flexibilité. Un accord de distribution peut prévoir des restrictions concernant la fourniture des pièces détachées aux réparateurs ou aux prestataires de services auxquels l'équipementier a confié la réparation ou l'entretien de ses biens.⁽⁵¹⁾ En d'autres termes, l'équipementier peut imposer à son propre réseau de réparation et d'entretien l'obligation de lui acheter les pièces détachées.

§ 2. *Cas tangents*

En dehors des hypothèses bien balisées de restrictions caractérisées, une liberté contractuelle quasi-totale prévaut. Dans deux cas de figure, toutefois, les parties doivent se montrer vigilantes lors de la rédaction de leur contrat de distribution.

a. **L'une des parties détient une part de marché supérieure à 30%**

Tout d'abord, si l'une des parties, fournisseur ou distributeur, détient une part de marché supérieure à 30 %, l'accord ne bénéficie pas de l'exemption accordée par le règlement. L'accord doit donc faire l'objet d'une analyse de marché approfondie. Au § 96, les Lignes directrices parlent d'« appréciation individuelle » pour refléter l'idée que les présomptions de légalité – l'exemption par catégorie – ou d'incompatibilité – les restrictions caractérisées – ne jouent plus.

Il s'agit au fond de sonder l'existence d'un risque classique de restriction de concurrence, à savoir (i) de *forclusion* ;⁽⁵²⁾ (ii) de *collusion* ;⁽⁵³⁾ ou (iii) de *restriction de la concurrence intermarques* sur le point de vente.⁽⁵⁴⁾ Cette appréciation, qui n'est pas des plus évidentes (il faut délimiter préalablement le marché), passe par une analyse multicritères assez impressionniste de « la position du fournisseur », ⁽⁵⁵⁾ de la « couverture de marché » liée par la restriction (« la part de marché liée ») ⁽⁵⁶⁾, de « l'étendue et la durée de l'obligation

(51) Voy. Lignes directrices, préc., § 59. L'équipementier peut toutefois imposer à son propre réseau de réparation et d'entretien de lui acheter les pièces détachées, et lui interdire de s'adresser directement au fabricant de composants.

(52) En cas, par exemple, de verrouillage de l'accès de concurrents aux débouchés.

(53) En cas, par exemple, d'utilisation cumulative par des fournisseurs concurrents.

(54) Par exemple, lorsque l'acheteur s'adresse au consommateur final. Voy. Lignes directrices, préc., § 130.

(55) *Idem*, § 132.

(56) *Ibid.*

de non-concurrence »(57), de la « position occupée de ses concurrents »(58), des « barrières à l'entrée », (59) de la « capacité de faire contrepoids » des acheteurs puissants (60), du « stade commercial » concerné, (61) etc. Si, au terme de cette appréciation individuelle, un risque de violation de l'article 101(1) T.F.U.E. se concrétise, les parties ont encore la possibilité de justifier leur pratique par des justifications objectives et gains d'efficience, et le cas échéant de bénéficier d'une exemption individuelle en vertu de l'article 101(3) T.F.U.E.

La vigilance des fournisseurs et des acheteurs doit donc s'exercer lors de la formation du contrat, mais aussi lors de son exécution. Car si la part de marché de l'une des parties devait, en cours de relation contractuelle, dépasser le seuil de 30 %, il serait nécessaire de réapprécier le contrat, à l'aune des nouvelles circonstances de marché.

b. Les parties sont couvertes par les seuils, mais elles envisagent d'introduire une restriction visée à l'article 5 du Règlement 330/2010

Dans l'hypothèse où les seuils de parts de marché seraient respectés, et où l'exemption catégorielle serait *a priori* disponible, l'article 5 du Règlement prévoit un régime légèrement moins libéral pour trois types de restrictions particulières. Ces trois restrictions ne sont pas illégales en tant que telles. Elles doivent respecter certaines conditions afin d'être couvertes par la présomption d'exemption. Si ces conditions ne sont pas respectées, la restriction en cause – et elle seule – est exclue du bénéfice de l'exemption automatique et doit faire l'objet d'une appréciation individuelle au regard de l'article 101(1) T.F.U.E. Le reste du contrat de distribution demeure quant à lui exempté (si bien entendu, il respecte les autres conditions) (62).

(57) *Ibid.*, § 133.

(58) *Ibid.*, § 134.

(59) *Ibid.*, § 136.

(60) *Ibid.*, § 137.

(61) *Ibid.*, § 138.

(62) Sous réserve d'être « dissociable » de la restriction non exemptée. Voy. Lignes directrices, préc., § 67. On applique, en la matière, les principes classiques de « séparabilité ». Voy. aussi, Lignes directrices, préc., § 71 : « La règle de séparabilité s'applique toutefois aux restrictions exclues visées à l'article 5 du règlement d'exemption par catégorie. De la sorte, le bénéfice de l'exemption n'est perdu que pour les dispositions de l'accord vertical qui ne satisfont pas aux conditions prévues à l'article 5 ».

i. Obligation de non-concurrence

La première de ces restrictions concerne les « obligation[s] directe[s] ou indirecte[s] de non-concurrence ».(63) Il s'agit, en vérité, des clauses de monomarquisme et obligations d'achat exclusif. Le système d'exemption automatique sous le seuil de 30 % s'applique uniquement aux obligations de non-concurrence d'une durée inférieure ou égale à 5 ans(64). Toute clause de durée indéterminée ou supérieure à 5 ans, ou tacitement renouvelable au-delà d'une période de 5 ans,(65) est évincée du bénéfice de l'exemption automatique(66). Certes, la clause n'est pas réputée illégale, mais elle doit être examinée plus attentivement, notamment au regard du contexte économique et juridique du contrat.

ii. Obligation de non-rétablissement

La deuxième restriction visée à l'article 5 du Règlement concerne toute « obligation, directe ou indirecte, interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou services »(67). Formulée de manière aussi générale, la condition paraît recouvrir toute clause visant à empêcher que l'acheteur poursuive, à l'issue de l'accord, une activité économique. En réalité, elle vise une catégorie plus limitée de clauses, à savoir « les obligations de non concurrence qui subsistent pour l'acheteur à l'expiration de l'accord »(68). De telles obligations sont exclues du bénéfice de l'exemption automatique(69).

(63) Voy., pour une définition, art. 1(d) du Règl. 330/2010, préc. : « "obligation de non-concurrence", toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause ».

(64) Soit que sa durée ne dépasse pas cinq ans, ou que son renouvellement au-delà de 5 ans suppose le consentement exprès des deux parties.

(65) Voy. art. 5(1) *in fine* du Règl. 330/2010, préc. : « aux fins du premier alinéa du paragraphe 1, point a), une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans est considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée ».

(66) Le Règlement prévoit une dérogation à la durée maximale de 5 ans lorsque les biens ou les services contractuels sont vendus à partir de locaux et de terrains dont le fournisseur est propriétaire. Aussi longtemps que l'acheteur occupe les locaux, l'obligation de non-concurrence est justifiée. Voy. art. 5(2) du Règl. 330/2010, préc.

(67) Voy. art. 5(1)(b) du Règl. 330/2010, préc.

(68) Voy. Lignes directrices, préc., § 66.

(69) *Idem*, § 60.

Ici encore, toutefois, la matière est dominée par le libéralisme. Le Règlement apporte une exception : (70) il est possible d'interdire à l'acheteur de produire, d'acquérir ou de commercialiser des biens ou services concurrents à ceux du fournisseur à l'issue de l'accord sous réserve que cette interdiction soit (i) indispensable pour protéger un savoir-faire transmis par le fournisseur à l'acheteur ; (71) (ii) limitée au point de vente à partir duquel l'acheteur a opéré pendant la durée du contrat ; et (iii) limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord. En clair, l'exception trouve principalement à s'appliquer aux accords de franchise dans lesquels le franchiseur transfère d'importants secrets professionnels au franchisé.

iii. Interdiction ciblée des ventes de produits concurrents dans la distribution sélective

La troisième restriction visée à l'article 5 exclut du bénéfice de l'exemption automatique « toute obligation directe ou indirecte imposée aux membres d'un réseau de distribution sélective de ne pas vendre les marques de fournisseurs concurrents déterminés » (72). Le Règlement cherche à éviter que des fournisseurs utilisant les mêmes points de vente de distribution sélective n'empêchent un ou plusieurs concurrents déterminés d'écouler leur produit par les mêmes points de vente.

En revanche, le Règlement d'exemption exonère la distribution sélective accompagnée d'une obligation de non-concurrence interdisant de revendre des marques concurrentes d'une manière générale

(70) Voy. art. 5(3) du Règl. 330/2010, préc. : « Par dérogation au paragraphe 1, point b), l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services, lorsque les conditions suivantes sont remplies : a) l'obligation concerne des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels ; b) l'obligation est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat ; c) l'obligation est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur ; d) la durée de l'obligation est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord ».

(71) Le savoir-faire doit encore être substantiel. Voy. Lignes directrices, préc., § 68 et Article 1(1) g) du Règlement 330/2010, préc. : « "savoir-faire", un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci ; dans ce contexte, "secret" signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible ; "substantiel" se réfère au savoir-faire qui est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels ; "identifié" signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité ».

(72) Voy. art. 5(1)(c) du Règl., préc. et Lignes directrices, préc., § 69.

(d'une durée inférieure à 5 ans). En somme donc, ce que le Règlement interdit, c'est le cas exceptionnel dans lequel les fournisseurs opérant dans le cadre d'un système de distribution sélective cherchent à organiser le *boycott sélectif* de certains fournisseurs concurrents (73).

SECTION 3. LA RÉDACTION D'UN CONTRAT DISTRIBUTION PAR INTERNET

§ 1. *Position du problème*

L'augmentation continue au cours des dernières années du commerce en ligne a donné lieu à des débats particulièrement intenses lors du processus de révision des règles applicables aux accords de distribution en 2009. Certains observateurs ont prétendu que le droit jusqu'alors en vigueur organisait un régime excessivement libéral, qui permettait aux fournisseurs de restreindre la distribution par Internet de leurs biens ou services (en excluant de leur réseau les revendeurs en ligne et/ou en restreignant la possibilité pour leurs revendeurs d'effectuer des ventes en ligne) (74). Il faut dire qu'en deçà du seuil de 30%, toutes les restrictions étaient permises, ou presque (à l'exception de quelques restrictions caractérisées). Des grands opérateurs en ligne comme eBay, ont donc suggéré une révision radicale du cadre réglementaire applicable à la distribution en ligne (75). Il aurait été question, en deux mots, d'introduire une nouvelle restriction caractérisée dans un article 4(f), qui aurait ciblé toute « restriction de la capacité de l'acheteur, ou de l'un de ses clients, de vendre des biens ou services par Internet » (76). eBay présentait la

(73) Voy. Lignes directrices, préc., § 69.

(74) Voy. K. MAHLSTEIN, « Vertical Restraints and Competition Policy – Internet Sales, a New Dimension to be Considered », *Global Competition Policy Online*, March 2009. Les restrictions imposées par les fournisseurs seraient diverses : interdiction de mise en place d'un site Internet de vente ; autorisation de vente en ligne conditionnée à l'observation d'un prix recommandé ; instauration d'un plafond maximum de chiffre d'affaires pour les ventes réalisées par Internet ; limitation du nombre d'unités vendues par Internet à chaque client, etc. Voy. S. KINSELLA and H. MELIN, « Who's Afraid of the Internet ? Time to Put Consumer Interests at the Heart of Competition », *Global Competition Policy Online*, March 2009 ; A. FONT GALARZA and C. GISSLER, « Selective Distribution of Branded and Luxury Products and the Conjunction of Online and Offline Commerce in the Light of the European Commission's Revision of the Vertical Restraints Regime », *Global Competition Policy Online*, March 2009.

(75) Voy. eBay, *Empowering Consumers by Promoting Access to the 21st Century Market*, A Call for Action.

(76) *Idem*, p. 34.

mesure comme un mécanisme d'exclusion du bénéfice de l'exemption automatique pour la clause concernée (77). En vérité, une telle modification législative aurait déclenché l'application de la présomption d'incompatibilité des restrictions concernées à tout accord limitant la revente par Internet (78).

En dépit des doléances émanant des distributeurs en ligne, l'article 4 du Règlement 330/2010 n'offre pas de traitement particulier pour les restrictions imposées aux vendeurs qui écoulent leurs produits sur Internet. En l'absence de toute expérience jurisprudentielle en la matière, la Commission s'est gardée de marquer dans la pierre une nouvelle restriction caractérisée, susceptible d'être frappée d'obsolescence dans un secteur caractérisé par des changements technologiques rapides.

Est-ce à dire, pour autant, que le droit positif est libéral en matière de restriction des ventes par Internet ? Sur ce point, une appréciation plus nuancée est nécessaire. Car l'usage d'Internet à des fins publicitaires et de vente est en principe considéré par la Commission comme une forme de vente passive, ne pouvant faire l'objet d'aucune restriction. Autrement dit, restreindre les ventes en lignes, c'est *de facto* commettre une restriction caractérisée. Au § 52, les lignes directrices déclarent de manière limpide que :

« Internet est un instrument puissant qui permet d'atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients que par les seules méthodes de vente plus traditionnelles, ce qui explique pourquoi certaines restrictions à son utilisation sont considérées comme une restriction des (re)ventes. En principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits. »

Ce principe, relativement prohibitif, fait toutefois l'objet d'assouplissements dans le domaine de la distribution sélective (§ 2) ou lorsque la vente, en apparence passive, peut être requalifiée en vente active (§ 3).

(77) Qui serait donc comparable aux conditions de l'art. 5.

(78) Dans l'ancien régime, une restriction caractérisée équivalait à une interdiction *per se*. Voy. notre introduction.

§ 2. *La distribution sélective et le commerce en ligne*

Malgré l'interdiction de principe des restrictions à la distribution par Internet (79), les lignes directrices reconnaissent aux fournisseurs la possibilité, spécialement dans les réseaux de distribution sélective, d'instituer un certain degré de contrôle des ventes en lignes. Comme lorsqu'ils imposent des standards de qualité aux points de vente physiques, les fournisseurs peuvent imposer des exigences de qualité aux opérateurs qui souhaitent recourir à l'usage d'un site Internet (80). Dans le même ordre d'idées, lorsqu'un distributeur a recours à l'usage d'une plateforme de distribution en ligne appartenant à un tiers, son fournisseur peut exiger de lui qu'il affiche le logo et la marque du produit sur le site Internet (81). Tirant enfin inspiration de la jurisprudence de l'Autorité française de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris, les Lignes directrices vont même jusqu'à admettre qu'un fournisseur puisse imposer à ses distributeurs de posséder un (ou plusieurs) points de vente physiques s'ils souhaitent faire partie du réseau de distribution (82). En revanche, ainsi que l'a jugé la Cour de justice dans l'affaire *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS*, une clause contractuelle, dans le cadre d'un système de distribution sélective, exigeant que les ventes soient effectuées dans un espace physique en présence obligatoire d'un spécialiste diplômé, revient à interdire *de facto* toute distribution par Internet. Elle constitue, donc une restriction par objet au sens de l'article 101(1) (83), qui ne peut bénéficier de l'exemption par catégorie du Règlement 330/2010 (84), mais qui peut, le cas échéant, bénéficier d'une exemption individuelle (85).

(79) Voy. Lignes directrices, préc., § 56.

(80) Que ce soit pour la vente par correspondance ou pour assurer la promotion de leurs produits en général. *Idem*, § 54.

(81) *Idem*.

(82) *Ibid*.

(83) Voy. C.J.U.E., C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, 13 octobre 2011, non encore publié, § 47.

(84) *Idem*. Le refus d'interpréter largement l'art. 4c) du Règl. d'exemption 330/2010, préc. s'explique ainsi selon la Cour : « il convient de relever que, une entreprise ayant la faculté, en toutes circonstances, de soulever, à titre individuel, l'applicabilité de l'exception légale de l'article 101, paragraphe 3, T.F.U.E., ses droits pouvant ainsi être protégés, il n'y a pas lieu de donner une interprétation large aux dispositions qui font entrer les accords ou les pratiques dans l'exemption par catégorie ».

(85) *Idem*, § 59.

Dans le même ordre d'idée, la Commission permet aux fournisseurs d'imposer des conditions pour la vente en ligne qui ne sont pas globalement équivalentes à celles qui sont imposées pour la vente dans un point de vente physique (86). Par exemple, afin d'empêcher que des ventes ne soient réalisées par un distributeur non autorisé, un fournisseur peut imposer aux distributeurs membres d'un réseau de distribution des limites quant aux quantités susceptibles d'être vendues aux consommateurs finals. Dans une telle situation, la limitation imposée aux quantités autorisées à la vente peut être plus stricte pour les ventes en ligne dans les cas où il serait plus facile pour un revendeur non autorisé de s'approvisionner en ligne (87).

§ 3. « *Fausses* » ventes passives

L'idée adoptée par la Commission selon laquelle les restrictions des ventes sur Internet constituent une restriction caractérisée des ventes passives est basée sur la notion que c'est le consommateur avant tout qui établit le contact en se rendant sur le site Internet du distributeur. Étant donné que les Lignes directrices considèrent que les ventes par Internet constituent des ventes passives, les ventes par Internet vers d'autres territoires (ou d'autres groupes de consommateurs) ne peuvent pas faire l'objet de restrictions, à peine de tomber dans le champ de la présomption d'incompatibilité prévue à l'article 4 b du Règlement. Dans ce contexte, les Lignes directrices fournissent quatre exemples de restrictions constituant autant de restrictions caractérisées aux ventes passives :

- convenir que le distributeur (exclusif) empêche les clients situés sur un autre territoire exclusif de consulter son site Internet ou les renvoie automatiquement vers les sites du fabricant ou d'autres distributeurs (exclusifs) (88) ;
- convenir que le distributeur (exclusif) mette un terme à une opération de vente par Internet lorsque les données de la carte de crédit du client révèlent qu'il n'est pas établi sur son territoire (exclusif) (89) ;

(86) En pratique, il est probable que cette restriction donne lieu à de nombreux problèmes d'interprétation.

(87) Voy. Lignes directrices, préc., § 56.

(88) *Idem*, 52(a).

(89) *Ibid.*, 52(b).

- convenir que le distributeur limite la part de ses ventes réalisées par Internet (90) ;
- convenir que le distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par Internet que pour des produits destinés à être revendus autrement (on parle ici de *dual pricing*) (91).

Dans des circonstances exceptionnelles, cependant, les ventes en ligne seront requalifiées en ventes actives, susceptibles de faire l'objet de restrictions. Ainsi, dans les situations où Internet est utilisé spécifiquement pour prospecter les clients établis sur le territoire d'un autre distributeur, la vente sera considérée comme « active » et pourra dans certaines conditions être restreinte (92). Ce sera notamment le cas si un distributeur adresse des courriels à des clients établis sur le territoire exclusif d'un autre distributeur. Dans la même optique, les Lignes directrices considèrent la publicité en ligne spécifiquement adressée à certains clients comme une forme de vente active à ces clients (93). Par exemple, des bannières publicitaires visant un territoire particulier placées sur les sites Internet de tiers constituent une forme de vente active sur le territoire où ces bandeaux apparaissent. Payer un moteur de recherche ou un fournisseur d'espace publicitaire en ligne pour qu'ils diffusent une publicité spécifiquement aux utilisateurs établis sur un territoire

(90) *Ibid.*, 52(c). Afin de s'assurer du bon fonctionnement des points de vente physiques, le fournisseur peut toutefois – sans limiter le nombre des ventes de son distributeur – exiger que l'acheteur vende hors ligne une certaine fraction de ses produits (fraction calculée en valeur ou en volume).

(91) *Ibid.*, 52(d) et 64. Ceci n'exclut pas que le fournisseur convienne d'une redevance fixe (c'est-à-dire une redevance qui ne varie pas en fonction du chiffre d'affaires réalisé hors ligne, ce qui équivaudrait indirectement à un système de double prix) pour soutenir les efforts de vente de son acheteur, hors ligne ou en ligne. En ce qui concerne cette dernière restriction, la Commission considère, cependant, que dans certaines circonstances bien particulières, un tel accord peut remplir les conditions de l'article 101(3) T.F.U.E. De telles circonstances peuvent être présentes lorsque le fabricant convient d'un double prix avec ses distributeurs, parce que la vente en ligne génère des coûts significativement plus élevés pour le fabricant que la vente hors ligne. La Commission donne un exemple intéressant de ce cas de figure : lorsque les ventes hors ligne incluent une installation à domicile du produit par le distributeur, contrairement aux ventes en ligne, ces dernières peuvent occasionner davantage de plaintes et de demandes d'intervention en garantie des clients auprès du fabricant. Voy. aussi dans ce contexte le jugement du 8 août 2007 rendu par le *Rechtbank Zutphen*, 79005 / HA ZA 06-716. La juridiction néerlandaise affirma qu'une pratique de double prix selon laquelle un fournisseur de cuisines intégrées offrait des conditions tarifaires moins attractives à ses distributeurs en ligne, était conforme au droit de la concurrence.

(92) Voy. Lignes directrices, préc., § 53.

(93) *Idem.*

particulier constitue encore une forme de vente active sur ce territoire (94).

Conclusion

Les parties à un contrat de distribution doivent procéder à une appréciation localisée du risque de violation du droit de la concurrence. Le Règlement 330/2010 énumère limitativement les restrictions qui ont pour effet de rendre l'exemption inapplicable et leur adossent des exceptions (95). Sauf la présence de l'une de ces restrictions, et sous réserve du respect des conditions de l'article 5, le risque juridique d'une violation du droit de la concurrence est limité.

Contrairement à une idée reçue, l'importance pratique du contrôle préalable du respect du double seuil de parts de marché de 30% doit aussi être relativisée. Car en dehors de circonstances de marché plutôt exceptionnelles (par exemple, si l'une des parties occupe une position dominante), il est peu probable qu'une autorité de concurrence ou une juridiction nationale condamne un accord vertical qui ne contiendrait aucune restriction caractérisée, simplement parce que le seuil de parts de marché serait dépassé.

*

* *

(94) En général, les efforts faits en particulier vers un certain territoire ou un certain groupe de clients, donnent lieu à des ventes actives vers ce territoire ou vers ce groupe de clients.

(95) Voy. art. 4 du Règl. 330/2010, *préc.*